

AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO E O NECESSÁRIO ZELO PELOS DIREITOS HUMANOS/FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Luis Carlos Drey¹

Sumário: Introdução. 1 Direitos humanos/fundamentais e os operadores do direito frente à nova ordem mundial. 2 Os tratados internacionais e o constitucionalismo global/humanitário. 2.1 A Proteção dos Direitos Humanos/Fundamentais pelos Estados-Nações. Conclusão. Referências.

Resumo: A dignidade e a autonomia da pessoa não se compreenderiam em uma sociedade que não as respeitasse em face de suas relações privadas. Em um modelo frágil de Estado, comum aos países periféricos, impõem-se que a ordem jurídica e a garantia dos direitos sociais sejam implementadas pela Constituição Federal do Estado-Nação. Destarte, as relações econômicas internacionais têm corroborado para a destruição dos baluartes do Estado westphaliano.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Relações privadas.

Abstract: The dignity and autonomy of the person does not understand in a society that does not respect because of their relationship private. In a model of fragile state, common to the peripheral countries, require that the legal order and the guarantee of social rights are implemented by the Federal Constitution of the nation state. Thus, the international economic relations have supported the destruction of the bulwarks of the State westphaliano.

Keywords: Fundamental rights. Human dignity. Private relationships.

INTRODUÇÃO

A humanidade nos últimos séculos tem percorrido uma trajetória tanto econômica como cultural que produziu para os estudiosos das ciências sociais um fenômeno político social nominado de globalização. Esse evento tem essa denominação em decorrência de sua própria característica existencial e dos efeitos pelos quais ele termina por atingir o objeto das ciências humanas, a sociedade. Portanto a globalização é em si mesma uma fase das relações entre os indivíduos do gênero humano (relação sociológica humana), em que os vários microsistemas sociais outrora existentes para o campo de estudo dos pesquisadores das ciências sociais estão entrando num processo de fusão, em que aquela pluralidade imensa de sistemas sociais analisados antigamente de forma apartada misturam-se entre si gerando um único e gigantesco elemento sistemático novo. É esse elemento que está transformando totalmente o objeto das ciências sociais, a sociedade. Destarte, a cada dia, todos os setores da vida humana são obrigatoriamente levados pelo impulso inexorável da chamada aldeia global, isto é, a economia, a política, a ciência e, numa expressão mais ampla – a própria cultura – passa a ter uma feição mundializada. É a internacionalização da experiência comunitária humana onde tudo em que o homem participa aparece contaminado pela substância multicultural do resto do planeta, inclusive e, principalmente, o direito, porque sendo este uma ciência social por excelência, é um dos primeiros a sentir as influências da globalização.

Assim, os conflitos concretos da sociedade hodierna vinculam-se também aos aspectos sociais e econômicos do mundo moderno. Há, portanto, grande

¹ Mestre em Direito Público pela Unisinos, advogado e professor de Direito no período de 2000-2008, na UPF.

necessidade de que o operador do direito interaja com estas situações, pois com a correlação destes pode ele aferir com maior cautela e profundidade as interações havidas entre os sujeitos de direito nos últimos tempos. E qual a maior controvérsia existente hoje em relação ao fenômeno da globalização? A resposta com certeza é a discussão acerca das possibilidades de efetivação dos direitos fundamentais, os quais se apresentam em estágio sociologicamente mundializado.

O propósito deste artigo é, portanto, refletir sobre essas transformações, inclusive as do Estado e mostrar a necessidade de se zelar pelos direitos humanos/fundamentais nas relações privadas.

1 DIREITOS HUMANOS/FUNDAMENTAIS E OS OPERADORES DO DIREITO FRENTE À NOVA ORDEM MUNDIAL

Pela transitoriedade da vida social, sobretudo no conjunto de uma nova sociedade de massa marcada pelo progresso das técnicas de informática, que refletem um mundo fluido e fragmentado, é que se requer a busca constante de maneiras ao menos mais adequadas para a proteção dos homens e a manutenção da sua dignidade, a função primordial do direito. De qualquer maneira, as novéis situações diferem-se *in totum* daquelas vivenciadas pela sociedade de outrora. Em virtude disso, se busca um direito completamente distinto capaz de regular tais acontecimentos até agora inéditos no plano fático.

Não obstante os reiterados textos relacionados ao tema dos direitos humanos/fundamentais, o assunto é palpitante e merece análise efetiva, no que tange a sua eficácia, pelos operadores do direito.

Como preleciona Ana Maria D'avila Lopes, “o estudo dos direitos fundamentais é, sem dúvida, um dos temas mais interessantes e importantes da teoria jurídica”².

Assevera ainda a necessidade de rever os antigos conceitos jurídicos por causa das profundas alterações do Direito Constitucional nos últimos anos cujos inúmeros textos e obras publicadas referentes ao tema não devem ser interpretados como falta de assunto ou originalidade, mas destaca, sobretudo, como o reflexo da necessidade constante de debater um tema infindável, decorrência necessária da íntima ligação entre direito e sociedade.³

De qualquer forma, este viés, tido como pós-moderno, trouxe algumas benesses na comunicação e universalização de direitos. Mas, por outro lado, afeta o Estado, a Constituição e a soberania dos países, havendo, também, repercussões nas searas civilistas e nas próprias relações jurídicas interprivadas, direito civil e direito internacional privado.

² LOPES, Ana Maria D'Ávila. Democracia hoje. Para uma leitura crítica dos direitos fundamentais. Passo Fundo: Editora UPF, 2000, p. 55.

³ Op.cit. p.55.

Convém, entretanto, trazer à baila a concepção de Pietro Perlingieri, em face da pertinência da sua exposição e que, de certo modo, resume bem a preocupação tão necessária de inserção do jurista à realidade social. Como salienta, existem novas relações, impensadas até pouco tempo atrás.⁴

O direito orienta-se em concepção voltada aos sujeitos de direitos em sentido *lato*. Os operadores do direito, por sua vez, não podem limitar-se às fontes primárias como as leis, uma vez que tal aferição poderá resultar inócua frente a tamanhas mudanças advindas dos fatores de mundialização dos negócios. Desta feita, devem os operadores do direito as respostas e quiçá soluções das controvérsias na teoria constitucional moderna, na equidade e finalmente nos valores da justiça social, multicultural de toda a civilização humana.

Essa construção teórico-jurídica deve valer-se de instrumentos hábeis, mormente com a sociologia, no contexto real e na aferição sistêmica e epistemológica da hermenêutica, esta na valoração do homem/sujeito, centro porquanto da relação jurígena e do Estado-Nação. Portanto, o direito e a economia, como todas as áreas do saber, influenciam-se reciprocamente, não podendo o jurista deixar de levá-los em consideração:

[...] O objeto da ciência jurídica é unitariamente a realidade concreta, os fatos concretos e a norma jurídica, fato e norma concretas que estão em contínua dialética. A realidade não pode ser dividida, mas sim estudada unitariamente. Não há realidade econômica distante da realidade jurídica: igualmente não há realidade social separada da realidade jurídica, como também não há realidade ética ou religiosa divorciada da realidade jurídica. A realidade é uma, é unitária, e o seu aspecto (o seu perfil) nada mais é que um aspecto de realidade unitária. Por isto o Estado de Direito não pode se limitar ao estudo das leis. Os instrumentos da ciência jurídica, as noções, as definições, os conceitos não são fins em si mesmos, mas sim instrumentos adequados à realidade. Não existem instrumentos válidos em todos os tempos e em todos os lugares: os instrumentos devem ser construídos pelo jurista, levando-se em conta a realidade que ele deve estudar.⁵

De outro lado, para desde já iniciar uma compreensão mínima da globalização, é bom lembrar que os ideais universais do neoliberalismo, na metade do século vinte, assentaram-se na concepção de Friedrich August Haynek, jurista austríaco que defendia a supremacia das leis do mercado em face do Estado, insurgia-se com as ideias de justiça social, nitidamente preocupado com a liberdade individual. De modo geral, portanto, defendia o Estado Mínimo, relegando os direitos fundamentais dos cidadãos ao plano secundário.⁶ A teoria deste estudioso

⁴ PERLINGIERI, Pietro. Normas Constitucionais nas relações privadas. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, n. 67, 1998/1999. In: FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 94.

⁵PERLINGIERI, Pietro. Normas Constitucionais nas relações privadas. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, n. 67, 1998/1999. In: FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, op. cit, p.94.

⁶SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004, p.45.

culminou por exercer uma imensa simpatia e grande fascínio para com os grandes setores capitalistas e logo se espalhou mundo afora.

De toda a sorte, a partir da crise do petróleo da década de setenta, instaurou-se a descrença de que o Estado Social pudesse atender todas as demandas reprimidas que advieram com a redemocratização política, pondo-se em cheque os pressupostos basilares do dirigismo estatal da sociedade.

A crise do Estado social foi aguçada pela constatação dos limites das receitas públicas para atendimento das demandas sociais, cada vez mais crescentes, tais como a garantia de direitos universais à saúde, à educação, à previdência social, à assistência aos desamparados, para citar-se algumas hipóteses que deviam ser suportadas pelo Estado. Destarte, os envelhecimentos populacionais, decorrentes dos avanços, das curas de doenças e das melhorias do saneamento básico ofertados à população, também demonstrou-se, sem embargo, contribuinte. Exsurgia, assim, uma crise para financiar a saúde e a previdência social, portanto os sustentáculos do *Welfare State*.⁷

Já o segundo fator – externo – causador da crise do Estado do bem-estar, se refere à marcha da transnacionalização e da globalização. O Estado se debilita na medida em que vai perdendo para o grande capital privado, setor de gigantesca potência política, o domínio sobre as variáveis que influem na economia; deteriora-se a sua capacidade de formulação e implementação de políticas públicas, de regulamentação e fiscalização do seu mercado interno, e, com isso, o seu poder de garantir a eficácia dos direitos sociais⁸ e, portanto, a sua soberania.

Enfim, após a exposição feita, vê-se que a globalização tem contribuído efetivamente para a revisão das conjecturas norteadoras da soberania, sendo inconciliáveis a realidade dos Estados contemporâneos àqueles conceitos pré-determinados que vigiam outrora. Muito embora a soberania permaneça adstrita à idéia de insubmissão, independência e de poder supremo juridicamente organizado, deve-se, hodiernamente, atentar para as novas realidades que impõem à mesma uma série de modificações conceituais, as quais o transformam, por vezes. De todo o jeito, é possível, sim, haver discordância da extensão, profundidade e rapidez do fenômeno, mas não da sua existência, como preleciona Carvalho.⁹

O Estado se debilita, na medida em que vem perdendo para o grande capital privado, setor de gigantesca potência política, o domínio sobre as variáveis que influem na economia, e com isso se deteriora a sua capacidade originária da

⁷ Op. cit. SARMENTO, Daniel p.43.

⁸ Op. cit. p. 44 . Este enfraquecimento do Estado, embora assustador para as classes desfavorecidas, é festejado por aqueles que criticavam o caráter paternalista do *Welfare State*, e que hoje pretendem, sob os aplausos da comunidade financeira internacional, ressuscitar a ideia defunta do Estado mínimo, confiando (ou simulando confiar) na mão invisível do mercado, como panaceia para todos os males econômicos e sociais. Para estes, o mercado deixou de ser meio para converter-se, enfim, e no seu altar são imolados os direitos sociais, vistos como causas do déficit público, de opressão e da ineficiência dos atores econômicos. O mercado, alforriado dos mecanismos estatais regulatórios e compensatórios que o cingiam, torna-se o ambiente propício para o mais violento darwinismo social, onde o mais fraco é eliminado e excluído de todas as benesses da civilização.

⁹ CARVALHO. José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho, 2 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 13.

formulação e implementação de políticas públicas, de regulamentação e controle de seu mercado interno, o que resulta no enfraquecimento da implementação de direitos sociais.¹⁰⁻¹¹

2 OS TRATADOS INTERNACIONAIS E O CONSTITUCIONALISMO GLOBAL/HUMANITÁRIO

Em consequência do que foi descrito há pouco, vários temas passaram a ser questionados como, por exemplo, os tratados internacionais e o Constitucionalismo global/humanitário. Assim, para alguns, tais instrumentos regulamentatórios genéricos não resguardariam uma proteção mínima aos direitos fundamentais dos povos residentes nos países periféricos ou semiperiféricos, como prefere José Eduardo Faria¹². Porém, no direito atual, há crescente tendência do acondicionamento estatal às regras do direito internacional como lembra Vital Moreira: “o Direito Internacional ampliou-se para além das convenções internacionais, existindo agora um *jus cogens*, que vincula diretamente os Estados, independentemente da sua adesão ou consentimento”.¹³

De outro lado, há de se salientar o fato de que o movimento *pro* direitos fundamentais também está sendo alvo de desaprovação dos setores políticos dirigentes da econômica global, situação contra a qual estes lutam

¹⁰ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004, p. 44.

¹¹ Bauman já traz viés mais radical em face da tamanha ruptura dos moldes do Estado Westphaliano. “DEPOIS DO ESTADO - NAÇÃO. Nos tempos modernos, a nação era a “outra face” do Estado e a arma principal em sua luta pela soberania sobre o território e sua população. Boa parte da credibilidade da nação e de seu atrativo como garantia de segurança e de durabilidade deriva de sua associação íntima com o Estado e - através dele - com as ações que buscam construir a certeza e a segurança dos cidadãos sobre um fundamento durável e confiável, porque coletivamente assegurado. Sob as novas condições, a nação tem pouco a ganhar com sua proximidade do Estado. O Estado pode não esperar muito do potencial mobilizador da nação de que ele precisa cada vez menos, à medida que os massivos exércitos de conscritos, reunidos pelo frenesi patriótico febrilmente estimulado, são substituídos pelos parceiros globais” e do “livre comércio global”: têm seus empréstimos recusados e negada a redução de suas dívidas; as moedas locais são transformadas em leprosas globais, pressionadas à desvalorização e sofrem ataques especulativos; as ações locais caem nas bolsas globais; o país é isolado por sanções econômicas e passa a ser tratado por parceiros comerciais passados e futuros como um pátria global; os investidores globais cortam suas perdas antecipadas, embalam seus pertences e retiram seus ativos, deixando que as autoridades locais limpem os resíduos e resgatem as vítimas.

Ocasionalmente, no entanto, a punição não se confina a “medidas econômicas”: Governos particularmente obstinados (mas não fortes o bastante para resistir por muito tempo) recebem uma lição exemplar que tem por objetivo advertir e atemorizar seus imitadores potenciais. Se a demonstração diária e rotineira da superioridade das forças globais não for suficiente para forçar o Estado a ver a razão e cooperar com a nova “ordem mundial” : a força militar é exercida: a superioridade da velocidade sobre a lentidão, da capacidade de escapar sobre a necessidade de engajar-se no combate, da extraterritorialidade sobre a localidade, tudo isso se manifesta espetacularmente com a ajuda, desta vez, de forças armadas especializadas em táticas de atacar e correr e a estrita separação entre “vidas a serem salvas” e vidas que não merecem socorro. In: ZYGMUNT, Bauman. Modernidade líquida /; tradução, Plínio Dentzien. - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p.211.

¹² Termo utilizado por FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. Qual o Futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.110.

¹³ STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.137

extraordinariamente para a concretização do esvaziamento do papel do Estado que passaria a ser absorvido por entidades privadas.

Desta forma, de um modo geral, a guerra existente entre a busca do resguardo dos direitos fundamentais, seja dos indivíduos frente ao Estado ou entre os homens nas suas relações de natureza privada, com a pressão do poder econômico, tem trazido um prejuízo ao viés civil-constitucional em face da privatização do público. Ou seja, há uma redefinição do Estado, este sofrendo uma mutação, desvinculado na defesa dos direitos fundamentais.

Isto acontece, via de regra, porque os ideais neoliberais buscam a economicidade e a rigidez de procedimentos/decisões e preferem fugir ao crivo do poder juridicamente independente, valendo-se de instrumentos alternativos para dirimir as suas controvérsias¹⁴. Porém as soluções fora dos paradigmas do Estado merecem alguns ajustes, pois os mecanismos alternativos de jurisdição distantes do crivo do Estado nem sempre se demonstram ágeis e imparciais.¹⁵

Isto ocorre devido à natureza das cooperações internacionais, as quais não têm qualquer conexão com os Estados ou povos. Há, por isso mesmo, evidentemente, falta de compromisso com a manutenção de direitos asseguratórios da dignidade humana, seja daqueles instituídos universalmente – Direitos Humanos – ou pela falta de implementação daqueles estatuídos nas Cartas Políticas internas de cada Estado-Nação.

Assim sendo, parece-nos inevitável as nefastas repercussões quando da interação negocial entre os Estados desenvolvidos e os tidos como periféricos; os

¹⁴ ARNAUD, Jean Arnaud; JUNGUEIRA, Eliane Botelho. (Org.). Dicionário da Globalização. Direito. Ciência Política. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006. p.165 “à medida que, em resposta a uma economia mundial sempre em crescimento, se foram modernizando as regras de direito internacional privado, bem como as abordagens em relação ao mesmo, ocorreu um fenômeno que alterou os conceitos tradicionais de conflito de leis. O desejo das empresas comerciais de se libertar das restrições das frequentemente inadequadas legislações nacionais e de seu julgamento provocou a multiplicação da arbitragem internacional. Ao submeter suas controvérsias a painéis de árbitros particulares, ao invés de encaminhar tais disputas a um tribunal nacional, as partes se tornam hábeis a desnacionalizar seus contratos e a solução da controvérsia que sua relação contratual provocava [...] Deste modo, a arbitragem se tornou um fenômeno mundial que uniu empresas de nações submetidas a políticas econômicas e sociais inteiramente distintas” (JUENGER, 2000: 471-472).”

No Brasil, por amostragem, a BOVESPA, vale-se de meios alternativos de jurisdição, possibilitando a seus acionistas utilizarem das Câmaras de Arbitragem, consoante lhe faculta a Lei 9.307 de 1996. O Conselho de Administração da Bolsa de Valores de São Paulo criou o Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado, aprovado em 04.11.2002, www.bovespa.com.br, acessado em 17.07.2006.

¹⁵ MORAIS, José Luís Bolzan de. Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 214. Desvantagens da Arbitragem: “pode ocorrer do procedimento ser mais lento e demorado do que a via judiciária; há a iminência de intervenção judiciária, o que constitui ameaça constante de que de um jeito ou de outro a resolução da controvérsia acabe por se dar no juízo estatal, com todos seus entraves; - na hipótese de o caso litigioso de entendimentos extensivos, sustentados por correntes jurisprudenciais e julgados, efetivamente, meio arbitral não será o mais idôneo; a carência de procedimentos rígidos pode dar margem a atos ilegítimos, imorais, etc., ou dar lugar a disputas ainda maiores entre as partes; - ausência de neutralidade, pois, por vezes, os árbitros privados mantêm relações com um das partes;- preexistência de ressentimento entre as partes é o típico caso em que a flexibilidade do procedimento arbitral torna-se uma inconveniência, pois falta uma autoridade forte, capaz de pôr fim a combates processuais de imediato.” Todavia, o próprio autor a p. 213, elenca algumas vantagens da arbitragem descritas pela doutrina, as quais discordamos.

primeiros, com sofisticados instrumentos protetivos de direitos aos seus cidadãos, ao passo que os demais, carentes de instrumentos protetores de direitos efetivos mínimos aos seus agentes, tornam-se alvo fácil destas megaoperações transnacionais.

2.1 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS/FUNDAMENTAIS PELOS ESTADOS-NAÇÕES

Como se sabe, os países integrantes da União Européia, por exemplo, possuem regras comuns altamente sofisticadas e que, efetivamente, distinguem-se de outros modelos protetivos dos direitos humanos. “Los Estados europeos cuentan con un sistema de protección de los derechos humanos fuertemente institucionalizado en el seno del Consejo de Europa”¹⁶. Portanto a grande maioria dos países integrantes possui, em tese, condições de dirimir situações e impor sanções a práticas que lesem os Direitos Humanos. Portanto haveria uma maior facilidade de romper com os moldes internos de organização política de cada Estado, sem implicar, contudo, desprestígio, ou descompromisso com os Direitos Humanos e fundamentais dos seus povos.^{17 18}

O contexto latino-americano em geral, inclusive a experiência brasileira, demonstrou, num primeiro momento, a dificuldade de superar os regimes militares ditatoriais, o que deflagrou o período de transição democrática, com o gradativo resgate da cidadania e das instituições de representação política.¹⁹ Este processo da união de diferentes direitos, dantes separados, se reúne de maneira gradual e desorganizada, mas, com peculiar complexidade em face do impacto da globalização na abertura política, a estabilização econômica e a reforma social.²⁰

Desta maneira, fica inviável a proteção de direitos humanos sem que haja instrumentos universais eficazes, para dirimir situações que possam resultar desprestígio à dignidade humana. Estes mecanismos são absolutamente necessários em face da imutável marcha de abertura comercial determinada pela globalização, cujo foco centraliza-se na desestatização, flexibilização da legislação e a própria

¹⁶ BROTONS, Antonio Remiro. *Derecho Internacional*. Coordenador general. Alberto Alonso Ureba, Madrid, 1997. McGraw-Hill p.1038.

¹⁷ CARVALHO, José Murilo de Op. Cit. p. 225

¹⁸ Na União Europeia, o processo de decisão associa mais especificamente a Comissão das Comunidades Europeias, cuja função é a elaboração e a execução das propostas. Destarte a solução entre os Estados-membros e seus particulares, dá-se por meio de dois tribunais supranacionais, O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias TJCE, e o Tribunal de Primeira Instância, tendo suas decisões, no âmbito de Direito Comunitário, efeito direto, autonomia e primado sobre o direito interno dos Estados. In: Arnaud-Jean Arnaud; Eliane Botelho Junqueira (organizadores). *Dicionário da Globalização. Direito. Ciência Política*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006, pp.435-436. É bom lembrar, no entanto, que apesar da primazia da norma comunitária, ou seja, as leis internas não devem se sobrepor aos tratados comunitários, a Corte de Justiça não pode reformar decisões internas dos países membros. A sua função precípua é a vinculação dos casos descritos nos tratados.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Democracia, Direitos Humanos e Globalização Econômica: Desafios e Perspectivas Para a Construção da Cidadania no Brasil*, [http: www.iiedc.org.br/publica/50anos/flaviahtm](http://www.iiedc.org.br/publica/50anos/flaviahtm), acessado em 25 de outubro de 2005.

²⁰ Op. cit. [http: www.iiedc.org.br/publica/50anos/flaviahtm](http://www.iiedc.org.br/publica/50anos/flaviahtm), acessado em 25 de outubro de 2005

desconstitucionalização de direitos já consagrados aos cidadãos destes Estados-nações menos aquinhoados.²¹

É que se tem visto, na prática, o poder do dinheiro, que, não raras vezes, tem sido o único objetivo destas grandes empresas (corporações), como aduz Santos.²² Há ainda a crescente internacionalização das riquezas em que essas megafirmas se valem das suas estruturas para a especulação e defesa das suas conveniências econômicas. Desta feita, cabe apenas aos Estados cancelar as operações econômicas internacionais.²³ Portanto não há preocupação com os seus cidadãos e com a implementação de políticas públicas que tragam o equilíbrio, a justiça social.

De outra parte, Faria²⁴, quando disserta sobre as novas propensões dos direitos contemporâneos, demonstra os aspectos negativos da política neoliberal. A tendência, descrita pelo autor²⁵, assenta-se na demonstração da força dos mercados globais e o enfraquecimento do Direito Internacional Público. Ainda que convencionalmente este direito advenha dos acordos, convenções e tratados, estes, não raramente, estão desvirtuados da sua finalidade precípua, ou seja, tutelam interesses privados, trazendo um aspecto ilusório, como se houvera uma busca de efetivação e resguardo aos interesses público-sociais.²⁶²⁷ O autor cita como exemplo o projeto do Acordo Multilateral de Investimento (AMI)²⁸, o qual evidenciava as exigências dos capitais privados, em detrimento da subordinação dos Estados a essas grandes corporações.

²¹ FARIA. José Eduardo Faria. O Direito na Economia Globalizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p.25.

²² SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003. p.43.

²³ Op. cit. P.44 “Nas condições atuais de economia internacional, o financeiro ganha uma espécie de autonomia. Por isso, a relação entre a finança e a produção, entre o que agora se chama economia real e o mundo da finança, dá lugar àquilo que Marx chamava de loucura especulativa, fundada no papel do dinheiro em estado puro. Esse se torna o centro do mundo...”.

²⁴ FARIA. José Eduardo e KUNTZ, Rolf. Qual o Futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.110.

²⁵ Op. Cit. Na obra de José Eduardo Faria, quando disserta sobre os nove formas e tendências do direito, que corroboram para o esfacelamento do Estado, a qual para o autor é a sétima tendência. P. 89 a 119.,

²⁶ Op. cit., p.111.

²⁷ No mesmo sentido Faria destaca: Apesar disso, verifica-se “uma transformação paradigmática no conteúdo programático do Direito Internacional. Embora formalmente continue sendo produzidos pelos Estados-Nação, sob a forma de acordos, convenções e tratados, com o fenômeno da transnacionalização dos mercados, suas normas cada vez mais vão sendo interpenetradas pela Lex Mercatoria e pelo Direito da Produção. Como consequência, o caráter público do Direito Internacional acaba sendo progressivamente relativizado ou mesmo desfigurado, na medida em que muitos de seus dispositivos atendem e tutelam interesses específicos, de natureza privada, revestidos de forma pública” (FARIA, 2000: 172). In: Arnaud-Jean Arnaud; Eliane Botelho Junqueira (organizadores). Dicionário da Globalização. Direito. Ciência Política. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006. p.165

²⁸ Op. cit p. 111 FARIA. José Eduardo e KUNTZ, Rolf. Qual o Futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista, 2002 “O exemplo mais emblemático dessa tendência é o projeto do Acordo Multilateral de Investimento (AMI), que foi concebido com o objetivo de se converter na base normativa de um sistema político transnacional destinado a institucionalizar a subordinação do Estado às grandes corporações globais e a induzir os governos a assumir, como meta e princípio norteador de suas decisões, a maximização dos capitais privados (OCDE:1998).”

Assim, a *Lex Mercatoria*²⁹ e o direito de produção têm sido os valores preponderantes da produção de capitais.³⁰ Há gradativa substituição da proteção governamental, cujos parâmetros assentam-se na livre negociação entre cadeias produtivas e redes empresariais. Esse novo viés civilista se sustenta na flexibilização e esvaziamento da aptidão *a priori* de autodeterminação dos Estados-nações. O lucro com facilidade e o descomprometimento com políticas internas garantidoras de direitos fazem parte integrante dessa visão cosmopolita³¹. Em decorrência disto, inicia-se o enfraquecimento das Constituições dirigentes, que tiveram o seu auge nas décadas de 60/70.³² Ademais, este enxugamento proposital do Estado afeta a proteção efetiva dos Direitos Humanos e fragiliza a cidadania.³³

Na prática, em outras palavras, uma vez que o “enxugamento” do Estado-Nação e a retratação da esfera pública reduzem sua cobertura legal e judicial, o alcance jurídico-positivo dos Direitos Humanos acaba sendo igualmente diminuído, o que implica, por consequência, uma redução ou um rebaixamento qualitativo da própria cidadania.

Dito de outro modo,³⁴ essas mudanças têm colocado novéis situações que envolvem a cidadania plena: “até naqueles países que parecia estar razoavelmente resolvido”. Esta manobra – enxugamento – do poder estatal afeta a natureza dos direitos já consagrados, especialmente os políticos e sociais.

Se os direitos políticos significam participação no governo, uma diminuição no poder do governo reduz a relevância do direito de participar. Por outro lado, a ampliação da competição internacional coloca pressão sobre o custo da mão-de-obra e sobre as finanças estatais, o que acaba afetando o emprego e os gastos do governo, do qual dependem os direitos sociais.³⁵

De outra face, estas políticas humanitárias gerais demonstram-se impraticáveis quando auferidas em realidades distintas, ou seja, a ausência de condições dignas de manutenção dos direitos sociais fundamentais da(s) população(s) daquele(s) Estado(s) impede a real proteção destes direitos universais. Porquanto, contemplando as estatísticas descritas por Kliksberg³⁶, denota-se a total ineficácia

²⁹ “É um direito paralelo aos Estados, de natureza mercatória (...), como decorrência da proliferação dos foros de negociações descentralizadas estabelecidos pelos grandes grupos empresariais”. In: FARIA, José Eduardo. Direito e Globalização Econômica. São Paulo: Malheiros, 2005, p.11.

³⁰ FARIA. José Eduardo e KUNTZ, Rolf. Qual o Futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002, op. cit., p.111.

³¹ FARIA. José Eduardo e KUNTZ, Rolf. op. cit. p. 101. “Já o direito civil deste final de século está sendo forjado na dinâmica de um processo de transnacionalização dos mercados, de transferência de riquezas, de privatização de serviços essenciais e do controle de recursos naturais estratégicos, de fragmentação das atividades produtivas, de centralização e concentração dos capitais, de maior disciplina, transparência e governança corporativa no âmbito do sistema financeiro, de esvaziamento da capacidade de autodireção e autodeterminação política dos Estados-Nação e do realinhamento entre sistema político e o sistema econômico (Held: 1997; Teubner:200; e Sand:1977 e 2001)”.

³² FARIA. José Eduardo e KUNTZ, Rolf. op. cit.. p. 100.

³³ Op. Cit. p. 113.

³⁴ Op. Cit. p. 113..

³⁵ CARVALHO, José Murilo de. op. cit. p. 13.

³⁶ KLIKSBURG, Bernardo. Falácias e Mitos do Desenvolvimento Social. Tradutor: Sandra Trabucco Valenzuela, Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez. Brasília., DF, UNESCO, 2001. p. 16. “Diversas mediações nacionais assinalam com as diferenças próprias de cada realidade a extensão e a

de políticas universais devido à tamanha desigualdade social que assolam os países periféricos.

CONCLUSÃO

É difícil falar em proteção de direitos, garantias de direitos humanos e fundamentais face ao cabal desrespeito aos cidadãos menos aquinhoados, impondo-se uma ruptura com o modelo atual. Como exemplos, a educação, a saúde e a previdência social, direitos sociais básicos que se transformam em mercadoria, objeto de contratos privados de compra e venda³⁷ – em um mercado marcadamente desigual, no qual grande parcela populacional não dispõe de condições mínimas de poder de consumo e quando as possui, não raras vezes, acaba tendo os seus direitos lesados com as mudanças abruptas destas relações contratuais, ou seja, possui deveras os contratantes expectativas de direitos em face de proteção dos lucros das empresas privadas.³⁸

Como dito anteriormente, as realidades político-sociais devem ser avaliadas concretamente. A generalização dos Direitos Humanos ainda demonstra-se deficitária, exigindo-se instrumentos protetórios internos à população, sob pena de haver absoluto descompasso de realidades entre países ricos e pobres e, portanto, uma desarmonia no resguardo dos direitos indelévels ao ser humano, nos Estados menos privilegiados economicamente. Aliás, sem embargo, são realidades completamente distintas no que tange à proteção de direitos³⁹. Veja-se, por exemplo, a situação da Noruega e a do Brasil, completamente distintas.

profundidade da pobreza. Um informe detalhado sobre a América Central (PNUD/União Européia, 1999) indica que são pobres: 65% dos guatemaltecos, 73% dos hondurenhos, 68% dos nicaraguenses e 53% dos salvadorenhos. As cifras relativas à população indígena são ainda piores...”

³⁷ <http://www.iedc.org.br/publica/500anos/flavia.htm>, acessado em 15 de outubro de 2005.

³⁸ Op. Cit. <http://www.iedc.org.br/publica/500anos/flavia.htm>, acessado em 15 de outubro de 2005. “O alcance universal dos direitos humanos é mitigado pelo largo exército de excluídos, que se tornam supérfluos em face do paradigma econômico vigente, vivendo mais no “Estado da natureza” que propriamente no “Estado Democrático de Direito”. Por sua vez, o caráter indivisível destes direitos é também mitigado pelo esvaziamento dos direitos sociais fundamentais, especialmente em virtude da tendência de flexibilização de direitos sociais básicos, que integram o conteúdo de direitos humanos fundamentais. A garantia dos direitos sociais básicos (como o direito ao trabalho, à saúde e à educação), que integram o conteúdo dos direitos humanos, tem sido apontada como um entrave ao funcionamento do mercado e um obstáculo à livre circulação do capital e à competitividade internacional. A educação, a saúde e a previdência, de direitos sociais básicos transformam-se em mercadoria, objeto de contratos privados de compra e venda – em um mercado marcadamente desigual, no qual grande parcela populacional não dispõe de poder de consumo. Em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais propicia a violação aos direitos civis e políticos, eis que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos. Acrescente-se ainda que este processo de violação dos direitos humanos alcança prioritariamente os grupos sociais vulneráveis, como as mulheres e a população negra (daí os fenômenos da “feminização” e “etnicização” da pobreza)”

³⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 137.

O Relatório sobre o Desenvolvimento Humano, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (1999), noticiado por Piovesan⁴⁰, demonstra a inexistência de fruição, pelos brasileiros, de direitos sociais básicos, tais como educação, saúde, saneamento básico e outros direitos essenciais à vida digna do ser humano⁴¹. Logo, diante desse contexto, fica claro que os altíssimos índices de exclusão socioeconômica aviltam e vão de encontro às concepções universalistas de proteção dos direitos humanos. Esta autora, por seu turno, centrada na eficácia “in concreto” de um compromisso com os direitos universais do homem, exige uma atuação firme dos poderes públicos no combate de tal situação⁴². De alvitre, é inegável, seguindo-se essa linha, que vários conteúdos basilares dos direitos humanos apresentam-se tímidos, carecem de implementação.⁴³

A Constitucionalização do Direito civilista demonstra-se crucial para a maior gama de oportunidades ao resguardo de todos os direitos fundamentais, enfatizando-se, sobretudo, os direitos sociais – de segunda geração –⁴⁴. Demonstra-se, grosso modo, a necessária intervenção corretiva do Estado na busca da igualdade material de direitos. Mas, ao que tudo indica o direito civil, apesar de todas as mudanças e mesmo com a vinda de novel código civil e em face da fragilização do Estado, segue o itinerário da reprivatização, ou seja, orienta-se por princípios e valores que norteiam o direito civil e, portanto, pela mínima interferência do poder público nas avenças de natureza privada.

O direito civil não lembra em nada aqueles ideais buscados pela Revolução Francesa. É bom lembrar que a direção orientada pelos objetivos maiores, resumidamente, poderiam ser os seguintes: eliminação de particularismos locais, força crescente do poder nacional das sociedades e expansão das suas economias locais, valorização da autonomia da vontade, da igualdade formal entre os sujeitos e aprimoramento de instrumentos garantidores do patrimônio.⁴⁵

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. *Democracia, Direitos Humanos e Globalização Econômica: Desafios e Perspectivas Para a Construção da Democracia no Brasil*, acessado em 14/10/2005, <http://www.iedc.org.br/publica/500anos/flavia.htm>.

⁴¹ Op. cit. <http://www.iedc.org.br/publica/500anos/flavia.htm>. “De acordo com o relatório sobre o Desenvolvimento Humano de 1999, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 15,8% da população brasileira (26 milhões de pessoas) não tem acesso às condições mínimas de educação, saúde e serviços básicos, 24% da população não têm acesso à água potável e 30% estão privados de esgoto. Este relatório, que avalia o grau de desenvolvimento humano de 174 países, situa o Brasil na 79ª posição do ranking e atesta que o Brasil continua o primeiro país em concentração de renda — o PIB dos 20% mais ricos é 32 vezes maior que o dos 20% mais pobres.”

⁴² Organizadores RÚBIO, Davi Sánchez, FLORES, Joaquín Herrera e CARVALHO, Salo de Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004, p.121.

⁴³ Op. cit. p.122.

⁴⁴ Entende Ingo W.Sarlet que há dimensões de Direito, nomenclatura diferenciada e fundamentada em sua obra *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Assim, os direitos sociais, econômicos e culturais são tidos como de segunda dimensão. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2005, p.55

BENDIX, Reinhard (1977) – *Nationon-Building and Citizenschip: studies of our changing social order*, Berkeley, University of California Press. In: FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. *Qual o Futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002, op. cit, p.101.

Demonstra-se hoje, com feições diferenciadas, voltado a adesões internacionais na forma de redes de produção e prestação de serviços, com contratos mais plásticos, abertos e funcionalmente diferenciados. Essa interação de ordem civilista costuma ser confeccionada na forma de parcerias e alianças capazes de consolidar relações de comércio, mas resulta em uma situação de dependência, de subordinação vertical e assimétrica de forças.⁴⁶

Ao contrário dos contratos clássicos, cuja natureza é eminentemente bilateral, comutativa e descontínua, os 'contratos relacionais' são mais complexos, quer em sua forma, quer em seu funcionamento, envolvendo amplas e intrincadas gamas de sujeitos, agentes e participantes. E a interação entre eles costuma ser marcada ora pela formação de parcerias e alianças capazes de sedimentar relações comerciais com base na cooperação, na confiança mútua, na conexão organizacional e na divisão do trabalho (o que em princípio ocorre quando as partes são economicamente equivalentes, exercem funções complementares e compartilham interesses comuns); ora por uma situação de dependência, por uma lógica de subordinação e por uma relação vertical e assimétrica de forças (o que se costuma ocorrer entre uma grande empresa e seus diversos fornecedores de insumos, bens intermediários, serviços e tecnologias)⁴⁷

Esse movimento civilista atual não possui os ideais de bilateralidade, comutatividade e valoração da declaração de vontade dos contratantes em suas relações particulares, próprias dos movimentos do século XVIII e que resultaram nas Declarações de Direitos Humanos. Ou seja, relações privadas complexas e que envolvem uma gama maior de sujeitos.

Sabemos, pois, que em ambos os movimentos do direito civil, seja aquele dos seus ideais originários (paradigma liberal) ou os da atualidade (pós-social), a Constituição efetiva e dirigente poderia mediar tal situação, resguardando os direitos fundamentais dos cidadãos dos Estados-nações pobres. No entanto, sem embargo, o atual modelo capitalista demonstra-se mais resistente e efetivo para o rompimento do Estado territorial westfaliano, o que obviamente implica o enfraquecimento da Constituição e a sua impotência para tratar de forma coesa e efetiva as situações complexas e com novas feições.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, Arnaud-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). *Dicionário da Globalização: Direito. Ciência Política*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006.

BROTÓNS, Antonio Remiro. *Derecho Internacional*. Coordenador general. Alberto Alonso Ureba, Madrid: McGraw-Hill, 1997.

⁴⁶ Op. Cit. p.101 FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. Qual o Futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

⁴⁷ Op. cit. p. 101 e 102.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. *Qual o Futuro dos Direitos?* Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

KLIKSBERG, Bernardo. *Falácias e Mitos do Desenvolvimento Social*. Tradutor: Sandra Trabucco Valenzuela, Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez. Brasília,, DF, UNESCO, 2001.

LOPES, Ana Maria D' Ávila. *Democracia hoje: Para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2000.

MORAIS, José Luís Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. Normas Constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 67, 1998/1999. In: FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Democracia, Direitos Humanos e Globalização Econômica: Desafios e Perspectivas Para a Construção da Cidadania no Brasil*. Disponível em: <<http://www.iedc.org.br/publica/50anos/flaviahtm>>. Acesso em: 25 out. 2005.

RÚBIO, Davi Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO. *Salo de Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único a consciência universal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Record, 2003. p.43.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZYGMUNT, Bauman. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

